29

LAVDETVR CHRISTVS IN ÆTERNVM.

IVRIS ALLEGATIO.

POR

DOÑA MARIA DE LOS REYES Y VEGA,

VEZINA DESTA CIVDAD.

CONTRA

LA MESA ARZOBISPAL DESTA CIVDAD, y su Mayordomo en su nombre.



VPONESE En el hecho, que por el año passado de treynta y ocho a los seys dias del mes de Febrero se rematò en el Licenciado Don Geronimo de Prado, Racionero de la santa Yglesia desta Ciudad, el molino, que llaman del Arçobispo, que està sito en el Rio, que llaman de Guadayra, por su vida; y precediendo los pregones, y demas diligencias, en precio de quinientas veynti seys mil y cien marauedis, y dos mil y cinquenta y dos gallinas en cada vn año, de que otorgò escriptura en forma, ante Alonso de Alarcon escriuano publico, obligandose a la Mesa Capitular, y dio por su fiador a Doña Maria de los Reyes y Vega su madre, en cantidad de dos mil ducados por vna vez, y se declara en la escritura, que la mitad de la dicha renta de marauedis, y gallinas toca, y pertenece a la dicha Mesa Arçobispal.

En virtud desta escriptura, y del testimonio de los Contadores mayores de la santa Yglesia, se pidio mādamiento de execucion por el Mayordomo de la dicha Mesa Arçobispal contra Doña Maria de los Reyes, como tal fiadora, por 292U962. marauedis, y 2U001. gallinas en

 pluma

pluma por los corridos del año passado de 39. y resto del de 38.

Y citada de remate se opuso a la execucion, y pretende se le ha de dar por libre della, y hazer remission de todos los corridos de los años de 38. y 39. por la esterilidad de agua, que en estos dos años ha padecido el dicho molino, como lo tiene verificado en los diez dias con mucho numero de testigos fidedignos, y mayores de toda excepcion, porque concluyen todos, en que teniendo seis piedras el dicho molino, q̃ molian todas la mayor parte del año, y el resto tres, o quatro, y que esto ha sido de mas de quarenta o cinquenta años a esta parte, en los dichos dos años de treynta y ocho, y treynta y nueue no ha podido moler mas que vna piedra en algunos ratos del dia, y estos repressando el agua, cõ que sus aprouechamientos y frutos han sido tan cortos, que no han sido suficientes para satisfazer la costa que ha tenido, porque la que tiene en la paga de salarios, y sustento de las personas, que assisten en el, importa en cada vn dia vno con otro mas de quarenta reales, en que no se comprehenden los gastos de los peltrechos, y otras cosas, de que necessita, que importan en cada vn año mas de quinientos ducados, de que dan razõ los testigos por menor.

La parte de la Mesa Arçobispal no ha probado cosa en contrario, y Doña Maria de los Reyes y Vega, no solo ha probado la esterilidad del molino del Arçobispo, sobre que es este pleyto, sino que ha sido general los dichos dos años en todos los molinos del Rio de Guadayra, y en toda la tierra deste partido, de suerte, que ha mas de cinquenta años no se ha visto otra tal.

His ergo in facto suppositis, este papel se reduze a tres puntos. El primero, si està probada la esterilidad. El segundo, si por ella se deue hazer la remission, y desquento de toda la renta de los dichos dos años de 38. y 39. que pretende Doña Maria de los Reyes y Vega se le haga, y en que se tratarà si le puede obstar la renunciacion de los casos fortuytos, contenida en la escriptura presentada. Y el tercero, si esta excepcion, y pretension de doña Maria podrà oponerse en la via executiua, probada en los diez dias de la ley.

PVNTO PRIMERO.

QVe estè probada la esterilidad del dicho molino con lo que deponen los testigos, no se puede dudar, nam cum experientia docet los frutos de los molinos consisten en que no les falte el agua para poder moler las piedras, o que no sea tanta que lo impida, como sucede en las

las auenidas; y assi lo vno, como lo otro se reputa por caso fortuyto, y esterilidad, argumento textus in l. licet in principio, C. de locato. l. ex conducto, §. 1. cum sequentibus. l. si merces, §. vis maior, ff. eodem tit. cap. propter sterilitatem, eodem tit. de locato l. 22. & 23. tit. 8. p. 5. docet eleganter Castillo lib. 3. controu. c. 3. nu. 59. in fin. omnino videndus fortuitum cassum, ideó appellamus, quia humano consilio, & potentia præuideri, & impediri non potest. l. in rebus, ff. commodati. l. in iudicio, C. de locato. l. quæ fortuitis, C. de pignorat. act. cuius exépla possuit Iuriscósultus in dict. l. ex conducto, & in l. 3. tit. 2. l. 22. d. tit. 8. p. 5. y del molino puso el exéplo Ioannes Heringius in tractatu de molendinis, quæst. 31. nu. 20. ibi: *Quia refert se fuisse impeditum propter belum, seu vim fluminis, &c.* Donde desde el num. 18. va hablando de los que toman molinos en arrendamiento, y por esterilidad, y caso fortuyto no cojen frutos, o muy pocos, & generaliter de sterilitate loquétes. Ant. Gom. tom. 2. variar. cap. 3. num. 18. Nauarr. Egidio, Botius, Couarr. & alij quos refert Morla in emporio iuris, tit, 10. á nu. 28. latissimé D. Iuan del Castillo, lib. 3. controu. cap. 3. Quomodo autem sterilitas probetur variæ sunt Doctorũ sententiæ, vnos dixeron, que se probaua per communem opinioné, & famã, vt quia est cómunis opinio, quod illo anno fuerit sterilitas, ita respondit Baldus consil. 329. volum. 1. ali autem dicunt, quod tunc conseatur esse sterilitas, quando vltra expensas nihil percipitur ex fructibus, argumento l. legatum, ff. de annuis legatis, ita Bart. in l. si merces, §. vis maior. ff. locati. Tertia fuit opinio, quod tunc censeatur esse sterilitas, quando fructus deductis expensis circa ipsos fructus occurrentibus, ipse cóductor fuit deceptus vltra dimidiam iusti prætij, vt quia fructus qui supersunt non ascendant ad valorem medietatis prætij, quod soluit ipse conductor pro mercede, & hãc opinioné retulit, & secutus est Bartol. in l. licet. C. de locato, ea scilicet ratione, quia est contractus bonæ fidei, & bona fides non patitur, qué ita decipi, vt in l. 2. C. de rescind. vend. facit dict. lex licet, ibi; *Rationem tui iuxta bonã fidem haberi, &c.* La quarta opinion fue, que era esterilidad quando no se cojen la mitad de los frutus que solian. Y la quinta se asimila a esta. Y finalmente quando interuenit magnum, seu intolerabile incommodum, y que este relinquitur iudicis arbitrio, vt latè docet, & refert Mascardus de probationibus, cóclusione 1339. per totam. De suerte, que quando se quiera estrechar este arbitrio a la mas rigurosa opinion, con lo que deponen los testigos de Doña Maria, està bastantemente probada la esterilidad, que ha padecido el dicho molino del Arçobispo, ex traditis à Mascardo vbi proximè; porque està verificado, que en los dichos dos años de 38. y 39. el dicho

 molino

molino ha tenido tan poca aguā, que repressandola no hā podido moler mas q̄ vna piedra de las seys que tiene, y esso algunos ratos del dia, cosa que no ha sucedido de mas de quarenta, o cinquēta años a esta parte, y que ha rendido tan pocos frutos, que no alcançan con mucho a satisfazer la costa que ha tenido con la gente que assiste en el, y demas cosas necessarias, en que no han tenido culpa, ni doña Maria de los Reyes y Vega, ni Dō Geronimo de Prado, que era el caso en que la esterilidad, y caso fortuyto auia de suceder por su quenta, vt benè aduertunt omnes supra adducti.

PVNTO SEGVNDO.

PRobada pues la esterilidad, en este segundo punto se procurarà fundar, que sin embargo de la renunciacion de los casos fortuytos cōtenidos en la escriptura presentada, se deue hazer remission, y desquento de toda la renta, que se paga de los dichos dos años de 38. y 39. de el dicho molino, como lo tiene pedido en su oposicion doña Maria de los Reyes y Vega.

Esta pretension tiene varios fundamentos, que se yràn ponderando. El primero es el del texto expresso en el cap. propter sterilitatem 3. de locato, donde en terminos terminantes dize el Sumo Pontifice Gregorio IX. hablando de los arrendadores, estas palabras: *Propter sterilitatem afficientem magno incommodo conductores: vicio rei sine culpa coloni, seu cassu fortuito contingentem, colonis Ecclesiæ tuæ pro rata pensionis remissio est facienda, &c.* Donde enseña el Sumo Pontifice, que la remission de la rēta, que se deue hazer por causa de la esterilidad, basta que sea por vna de dos razones, si conductori afficiat magnum incommodum. La vna es vicio rei sine culpa coloni, en que parece mira a si se destruyesse la cosa arrendada en todo, o en parte. Y la otra a que no padeciendo este defecto casu fortuito, no se cogiessen ningunos frutos, o muy pocos, con que recibia el conductor mucho daño, ibi; *Seu cassu fortuito*: y verdaderamente estamos en este caso, pues la esterilidad del molino, por cuya renta se pidio la execucion, no sucedio por auerse destruydo, sino por la falta de agua que à tenido solos los dichos dos años, de mas de quarenta a esta parte, en que los obligados no han tenido culpa.

Y si se replicasse, que el dicho cap. propter sterilitatem, dixo; *Remissio est facienda, nisi cum vbertate præcedentis, vel subsequentis anni valeat sterilitas compensari.* Se responde, que el dicho molino del Arçobispo ha corrido por quenta de D. Geronimo de Prado, como principal

obliga-

obligado, y doña Maria de los Reyes y Vega su madre, como su fiadora, desde el año passado de treynta y ocho, en que començó la esterilidad, y la misma ha auido el de treynta y nueue, y que hasta oy dura; cō lo qual nulla vbertas reperiri potest, en todo el dicho tiempo de los dos años que lo ha tenido, cum qua remissio compensari valeat; y assi justamente se deue hazer la remission que se pretende, ex dict. cap. propter sterilitatem.

Esto mismo se preua de la l. ex cōducto. 16. §. 1. ff. locati, ibi; *Si vis tēpestatis calamitose contigerit an locator conductori aliquid præstare debeat videamus. Seruius omnem vim cui resisti non potest dominum colono præstare debere ait, vt puta fluminis, graculorum, sturnorum, & si quid simile acciderit, &c.* Et iterum ibi: *Sed & si labes facta sit, omnemque fructuum tullerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur.* & idem probatur in §§. sequentibus.

Hæc eadem conclusio corroboratur ex l. si vno anno 17. in princip. l. si merces 28. §. vis maior, ff. locati, ibi: *Vis maior non debet conductori damno esse si plusquam tolerabile est læsi fuerint fructus, &c.* l. licet 8. C. eodem, & de iure nostro Regio expresse probatur in l. 22. & 23. tit. 8. part. 5. vbi Greg. Lopez confirmat supradictam conclusionem per eius glossas, idem tenent Couarrubias in practicis, cap. 30. Carrotius de locato 3. part. tit. de remissione pēsionis, Cota in memorabilibus, verbo *conductor*, Ioseph Ludouicus in com. conclusionibus, titulo de iure emphiteut. concl. vnica, Gigans de pensionibus, q. 66. n. 17. Seraphinus de priuilegijs iuramenti, c. 84. nu. 17. Menochius de arbitrarijs, cassu 76. & 77. 80. & 440. Mascardus de probationibus, vol. 3. concl. 1333. idē Couarr. lib. 4. variar. cap. 6. Pinelus in l. 2. C. de rescind. vendit. 1. part. cap. 3. à nu. 21. & 24. Anton. Gom. tom. var. cap. 3. nu. 18. Didacus Perez in l. 2. tit. 7. lib. 5. Ordin. Mascardus de probationibus, cōcl. mihi 1339. Ioan. Garcia de expensis, cap. 14. nu. 9. Olanus in Antinomijs, lit. S. nu. 28. Nauarrus in manuali, cap. 17. ex nu. 187. Pulchrè Gomez de Leon, responso 67. Cenedus in collectaneis ad decretales, cap. 116. Morla in emporio iuris, tit. 10. nu. 28. Ceuallos commun. contra comm. q. 57. Petrus Surdus cons. 34. tom. 1. D. Iuan del Castillo, lib. 3. controuersiarum, cap. 3. per totum, Natta cons. 449. tom. 2. & Ioan. Heringius de molendinis, q. 31. num. 18. cum sequentibus, que habla en proprios terminos de nuestro caso.

Y la razon que dan los Doctores es, quia cum ex natura contractus pensio solvatur in recompensationem fructuū illis non perceptis æquū est, vt dominus pensionem quoque amittat cum ipse colonus semen, operam, & industriam amisserit, ita docet Morla in emporio iuris,

 titu,

titulo 10. numero 29. & fere omnes supra adducti.

Y aunque ex equiparatione emphiteutæ, & conductoris ad longum tempus ha auido quien diga negandam quoque esse remissionem cõductori ad longum tempus, quos referunt Gregorius Lopez in l. 22. tit. 8. p. 5. verbo *arrendada*, Alvarus Vazquez quæst. 29. nu. 24. lo contrario es mas recebido, vt remissioni sit locus docent Gregor. Lopez vbi proximè, Mascardus cum ab eo relatis dicta conclus. 1339. n. 9. pulchrè Gomez de Leon, responso 67. per totam. Y la razon que dàn de diferencia es, porque lo que paga el emphiteuta es poco, & in recognitionem dominij, quod alienum est ab ipso conductore vbi pensio pro fructibus, & ad rationem fructuum constituitur, como largamente funda Garcia de expensis, cap. 14. nu. 9. donde aduierte, que si lo que paga el emphiteuta fructibus respondeat, tũc quia locationi proprius accedit, fiet remissio, vt dicitur de conductore; y en el dicho num. 9. comprueua lo referido con muchas autoridades, y enseña como se deue hazer a los colonos la remission de los frutos, y renta, por causa de esterilidad, y trae las leyes de Partida, que hablan de la materia, que por no trasladar no se refieren.

2 La duda que se puede ofrecer, para que no se haga a Doña Maria de Vega la remission, que pretende es la renunciacion de los casos fortuytos contenidos en la escriptura de arrendamiento, que hizo Don Geronimo de Prado, que se ha presentado, cuya clausula es como se sigue.

3 *Iten con condicion, que le arrendamos el dicho molino con sus casas, y assiento, y todo lo demas que le pertenece por inhiesto, y bien labrado, y reparado de albañileria, y carpinteria, y de todo lo demas, que en el fuere menester el dia de oy, y a todo su riesgo, y auentura, de fuerça de Rey, y de gente poderosa, y de posadurias fuegos, aguas, terromotos, pestilencias, mortandades, huestes, y otros qualesquier casos fortuitos, que en el sucedan del cielo, o de la tierra, acostumbrados, o no acostumbrados, mayores, o menores de los expressados, q̃ acaecieren, lo que Dios no quiera, los dichos casos, o qualquier dellos, no han de poder pedir, ni hazer baxa, ni disquento de la dicha renta, ni de parte alguna della, ni escusarse de labrar, ni reparar el dicho molino, porque han de hazer en el, y sus peltrechos, todos los reparos que fueren declarados, y se contaron en la condicion antes desta.*

Y antes de tratar de la interpretacion de la dicha clausula de renũciacion, y de responder a ella, es necessario suponer, que aunque el que recibe el fundo en arrendamiento propter bellum, pestem, aut cassum aliũ quencumque contingẽtem, si damnum secutum sit intolerabile, petere possit pensionis remissionem. l. habitatores, dict. l. si merces, §. vis maior.

ior.ff.locati,cum latè supra dictis,docetque Castillo,lib.3. controu. cap 3.nu.37. puede muy bien renũciar los casos fortuytos,para que sin embargo de que sucedan satisfaga la renta, sin que se le haga remission alguna,como se prueua de la l. si quis fundum in princip. ff. locati. l.1.vbi Iasson nu.92.C.de iure emphiteutico,Beroius cons.143.n.14.vol.1.Antonius Gometius tom.2.var.cap.3.nu.19.Arias Pinelus,1.p.l.2.C.de rescind.vendit.cap.3.nu.26.Ioan.Gutier.de iuramento confirmatorio.1.p. c.24.nu.1.l.23.tit.8. p. 5.versic. *el primero es*; y Don Geronimo como parece por la escriptura tiene renunciados los casos fortuitos, y assi parecia que no se deuia hazer la remission que pretende Doña Maria de los Reyes y Vega su madre,y fiadora.

Pero esto procede,y se entiende tan solamente en los expressados,y que de ordinario suceden,non vero de cassibus fortuitis insolitis, aut raro contingentibus,como argumento de la l.fistulas, §. frumenta. ff. de contrahenda emptio.notauit Bart. in l.sed,& si quis,§.quæsitum,n. 3.ff. si quis cautionibus,& ibi Fulgosius num.11.idem Bart.in l.Seyo,§. medico in fine,ff.de annuis legatis,Iasson in dict.§.quæsitum,nu.33.& plures,quos ibi refert Alexander,Socinus, Corneus, Ripa, Imola,Afflictis, Felinus,Gratus,& Natta quos retulit Pinelus in l.2.1.p.C.de rescind. vẽd. cap.3.nu. 29.in princip.Menchaca quæstionum vsu frequentium. lib.3. c.54.num.6.Gometius,Gama,Orosius,Craueta,& Rolandus,quos adducit Ceuallos com.contra com.q.702.nu.1.& 2.qui n.3.dicit hãc opinionem esse magis receptam,& pro ea iudicatum fuisse in Pinciano Pretorio,& nu.5.sequitur etiam Azebedus in l.2.tit.9.lib.9.Recop.ex nu.9. cum pluribus sequentibus, & receptiorem dicit,summamque æquitatẽ habere,& ideò in practica tenendam,Ioan.Gutier. de iuram. confirmatorio,1.p c.24.n.6.Iacobus Mandel de Alva cons.1.nu.5.vbi dicit certissimum esse, quod licet quis se obliget ad cassus fortuitos, talis tamen obligatio non cõprehendit cassus valdé insolitos, adducens plures; y a este proposito trae infinitos Castillo dict.lib.3.controu.cap.3. num.80. per totum.

Y lo que se deue reparar,que todos los mas Autores regnicolas, como Iuan Gutierrez, y los demas van hablando sobre la interpretacion de la ley 23.d.tit.8.p.5.y dizen,que debaxo de la renunciacion de los casos fortuitos no se comprehenden los insolitos, e innopinados: y a este proposito es admirable el lugar de Gaspar Caualino in tractatu de euictionibus,§.5.nu.11.vbi in terminis pacti, & renũciationis omniũ cassuũ fortuitorum,statuto,& lege municipali corroboratæ, quod nõ extendatur ad cassum insolitum, qui verosimiliter acciderit præter contrahentis

tis opinioné,& cogitationem multis fundamentis,& rationibus adductis respondit Ancharranus consil.402. per totum,singulariter Menoch. cons.27. n.18.cum seqq.lib.1.donde funda,q̃ sin embargo de auerle hecho renunciacion de todos los casos fortuitos solitos,e insolitos, pensados,y no pensados,como la hizo D.Geronimo de Prado, principal obligado a la renta del molino del Arçobispo,dize,que se deue hazer remission de la renta propter cassum fortuitum non comprehensum, como no lo fue la esterilidad,que se ha probado ha tenido el dicho molino.

Y que la esterilidad,que està verificada sea insolita, y que verosimiliter acciderit præter contrahentis opinionem,& cogitationem,de las deposiciones de los testigos de D.Maria de los Reyes y Vega consta,pues dizen,que jamas ha tenido el dicho molino semejante esterilidad,y falta de agua de mas de quarenta y cinquenta años a esta parte; y asi se vio, y practicó en muchos pleytos, que huvo en esta Ciudad el año de 626.quãdo sucedio aquella auenida tan innopinable,que destruyó muchas casas,y hizo otros daños, en que se mandó hazer baxa de las rẽtas que se pagauan de por vida,sin embargo de que estuuieran renunciados los casos fortuytos,opinados,y no opinados, de la misma manera que estàn renunciados en la escriptura presentada.

Y verdaderamente esto contiene suma equidad,de que en semejantes casos tan innopinados se haga la dicha remission, sin embargo de qualesquiera renunciaciones, aunq̃ se ajusten a la dicha l. 23. de la Partida,como lo prueua Castillo dict.lib.3.contr.cap.3. n.95. pues siendo el acerrimo defensor della(aunq̃ contra el comũ sentir de todos los practicos que refiere)dize in hunc modum; *Tertio præterea constituo dubium præfatum aperte(vt dixi) sublatum ex decisione dictæ l.23.partitæ,sed iudicis manus non adeò ligatas, iudicis vè arbitrium non ita exclusum,vt ipse aliquando iuxta facti contingentis naturam, & circunstantias arbitrari non valeat: quid æquius, & menti contragentium magis conueniens sibi videatur,verba namque contrahentium talia esse poterunt, vt omnino incogitatum,aut insolitum, & rarissime contingentem cassum non contineãt,&c.*
Y la esterilidad presente es de calidad,que jamas se ha visto en el Rio de Guadayra, sino es los años de 38. y 39. que à corrido el dicho molino por quenta de D. Geronimo, de que se pretende se haga la baxa,como lo deponẽ los testigos,y la abundancia de agua, que à tenido todos los años antecedentes, de que se pueden acordar.

Todo lo que queda referido solo sirue para probar,que por general q̃ sea la renunciacion de casos fortuytos, opinados, y no opinados, no es visto se comprehenda aquel que raro, aut nũquam accidit en la opiniõ de

de los contrayentes: pero aora se procurarà satisfazer en particular a las palabras de la renunciacion que hizo D. Geronimo en la escritura, que son las q̃ quedã referidas a el principio desta question, y como por ellas de ninguna manera se comprehendio, ni pudo la esterilidad de falta de agua, que està verificada.

Para lo qual se deue reparar, que todos los casos fortuitos, que refiere la dicha clausula de renunciacion, miran a el edificio del dicho molino, donde se dà a entẽder, que sino se cogiessen frutos del, por auerse destruydo en todo, o en parte por los casos q̃ refiere, y en particular por la abundancia de agua, como es la de alguna auenida, q̃ tengan el Rio de Guadayra, donde està sito, aya de ser por su riesgo, y ventura de D. Geronimo de Prado, para que por razon dellos no pueda pedir baxa, ni descuento de la renta, pero no se dixo, que si sucediesse esterilidad de agua, y por essa causa no se cogiessen frutos, no pudiesse pedir la dicha baxa, q̃ se pretende.

Esta se prueva de la misma clausula, ibi: *Iten con condicion, que le arrendamos el dicho molino con sus casas, y assiento, y todo lo demas que le pertenece, por inhiesto, y bien labrado, y reparado de albañileria, y carpinteria, y de todo lo demas que en el fuere menester el dia de oy.* Y a estas palabras se siguen las de la renunciacion, ibi: *Y a todo su riesgo, y auentura de fuerça, de Rey, y de gente poderosa, y de posadurias, fuegos, aguas, terromotos, pestilencias, mortãdades, huestes.* De suerte, que estas palabras miran a la ruyna del dicho molino; y se confirma esto mismo de las que se siguen, ibi: *Y otros qualesquiera casos fortuitos, q̃ en el sucedan, del cielo, o de la tierra, &c.* Y los contrayentes no se obligan, sino tan solamente a lo expressado en los contractos, vulgata l. quidquid 99. ff. de verborum obligationibus, ibi: *Quidquid adstringendæ obligationis causa dictum est; id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est.* Y añade: *Ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba latè concipere, &c.* De que se sigue, que pues la Mesa Capitular, que dio el dicho molino en arrendamiento a D. Geronimo de Prado, no expressó la sequedad, y faltad de agua, que pudo tener (quiçà porque jamas la auia auido) no deue perjudicar a don Geronimo, ni a su fiadora la renunciacion de los demas casos expressados, pues en ellos no està comprehendido el de la esterilidad de agua, ex dicta l. quidquid 99. ff. de verborum obligat. & contractus non debet operari vltra intentionem agentium. l. non omnis, ff. si certum petatur. l. in agris, ff. de adquir. rerum dominio, l. 2. ff. de his quæ in testam. delētur, cum alijs traditis à Velasco axiomata iuris litera C. num. 187.

C Y si

Y si se replicare, q̃ en la dicha clausula se dize; *Y otros qualesquiera casos fortuytos, &c.* A esto se satisfaze con lo q̃ queda dicho, y cõ que estas palabras miran a la conseruacion del edificio del dicho molino, pues dize, *Que en el sucedan*; y estos han de ser de los expressados, como se refiere en la dicha clausula, ibi: *De los expressados que acaecieren, &c.* y assi se auia de entender quando no se huuiesse dicho, y declarado en la dicha clausula, ratio, nam quando quis etiam in cõtractu obligatur expresśim ad aliquos cassus fortuitos adiecta clausula, *& ad omnes alios*, debet intelligi de similibus expresśis, nõ vero de illis, qui expresśi nõ sint. l. itẽ quæritur 13. §. exercitu. l. si merces 25. §. vis maior, ff. locati, obseruat Rubeus in l. sed & si, §. quæsitum, nu. 40. ff. si quis cautionibus, Doctor D. Iuan de Balboa in cap. 1. q. 2. nu. 50. de foro competenti. Luego si la esterilidad de la falta de agua no se expresso en los casos fortuytos, no es visto ser cõprehendida en ellos, como se prueua de la dicha l. quidquid adstringẽdæ 99. y ha llegado el caso de q̃ se haga la remisśion, y baxa que se pretende, aun quando la huuiera pedido D. Geronimo de Prado, que es el q̃ hizo la renunciacion de los casos fortuytos.

Y porq̃ la parte de la Mesa Arçobispal à alegado, que D. Maria de los Reyes y Vega, siendo fiadora no puede valerse de la excepcion de que se vale, para que se le haga la remisśion, y baxa, que pretende es fuerça satisfazer a esta objecion, aunque breuemente.

Y en esta question la distincion q̃ hazen los Iurisconsultos es, que si la excepcion, que compete a el deudor principal es personal, como la q̃ tiene el marido ratione dotis restituẽdæ, el padre, el patrono, y otros semejantes, qui non condemnantur vltra quam facere possunt, esta non competit fideiussori, pero las que obligationi, & rei coherent ad fideiussores extenduntur, vt probat textus expressus in l. exceptiones 7. ff. de exceptionibus, ibi: *Exceptiones quæ personæ cuiuscũque coherent non transeũt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem quid facere posśit, vel parens, patronus vè non competit fideiussori, sic mariti, &c.* Et ibi: *Rei autem coherentes exceptiones, etiam fideiussoribus competunt, vt rei iudicatæ, doli mali, iuris iurandi, quod metus causa factum est, &c.*

Lo mismo se prueua de la l. omnes 19. ff. eodẽ tit. de exceptionibus, ibi: *Omnes exceptiones, quæ reo competunt fideiussori, quoque etiam inuito reo competunt.* l. si stipulatus 16. l. ex persona 33. ff. de fideiussoribus, ibi: *Ex persona rei, & quidem inuito reo exceptio, & cætera rei commoda fideiussori, cæterisque accesśionibus competere posśunt*; docent Francus de fideiussoribus, cap. 3. n. 20. cum alijs relatis à Heringio de fideiussoribus, cap. 27. p. 4. n. 1. Donelus lib. 16. com. cap. vlt. & lib. 22. cap. 4.

Y na-

Y nadie podrà negar, q̃ la excepció de que se vale D. Maria de los Reyes, para que se haga la remission, que pretende, no puede ser personal, si no que rei, & obligationi adheret, como se conuence del cap. propter sterilitatem 3. de locato cum similibus, donde se manda hazer la remissió, nó por particular preuilegio del reo obligado, sino por la esterilidad, y daño q̃ padece en los frutos; y assi por este camino los obligados consiguen esta conmodidad, que tambien la deuen conseguir los fiadores, ex dict. l. ex persona 33. ibi: *Et quidem inuito reo exceptio, & cætera rei commoda fideiussori cæterisque accessionibus cõpetere possunt.* Y assi puede muy bien D. Maria de los Reyes pedir la remission que pretende, ex dictis iuribus.

Pero porque quede sin dificultad la pretension de D. Maria de los Reyes, para que la renuncion de los casos fortuytos contenida en la escritura, q̃ de nueuo se presentò, no le puede perjudicar, se deue aduertir, q̃ quien los renunciò fue D. Geronimo de Prado, principal obligado a la renta del dicho molino, como de la mesma escritura consta, y no D. Maria de los Reyes, que como fiadora de su hijo se obligò a parte en diferéte instrumento, en el qual no ay renunciació de casos fortuytos, como por ella se puede ver. Y aunq̃ est vulgare iuris axioma, iuri enim pro se introducto vnusquisque renunciare potest ex l. si quis inconscribendo. C. de Episcopis, & Clericis. l. si quis in conscribendo, C. de pactis, cap. ad Apostolicam, de regularibus, siuè quis iuri priuato, siué iuri publico renũciet. l. pacisci. l. pactũ inter hæredem, ff. de pactis, cap. cũ cõtingat, de iure iurando; y que la renunciació de los casos fortuytos vale, vt tradidit Vicentius Carrocius in tractatu de locato, q. 8. per totam, & communiter DD. in l. si fundus, ff. locati, & in l. fistulas, §. frumenta, ff. de contrahenda emptione: con todo esso si D. Maria de los Reyes y Vega no los renũciò, no le puede prejudicar la renũciació q̃ dellos hizo D. Geronimo de Prado, cum renunciatio facta in fauorem certarum personarum, nec prodest, nec nocet quo ad alias personas. l. iubemus. C. ad Senat. Cósul. Velleianum. l. si actionem, C. de pactis, Baldus in l. pactum, quod dotali, nu. 3. C. de collationibus, Couarr. in cap. quamvis pactum, 3. p. §. 3. num. 4. Molina de primog. lib. 2. cap. 3. nu. 46. Molphesius de consuetudinibus Neapoli. tom. 1. tit. de renunciatione, q. 1. nu. 5. & 6. Y supuesto, que doña Maria de los Reyes no renunciò los casos fortuytos en la escritura, en q̃ se obligó como fiadora, fue visto quererse valer del remedio, q̃ por ellos le podia competir, ex d. l. quidquid ad stringédæ 99 ff. de verb. obligat.

Esto se haze mas claro con euidencia, si se considera, que en el contracto que hizo D. Geronimo del arrendamiento, ay obligacion, y renũ-

ciacion de los casos fortuytos; y aunque fideiussor tenetur ad ea omnia quæ sunt ex natura obligationis, cui accedit.l.si quis pro eo, §.si nũmos, l.si à colono, §.vltimo, ff.de fideiussoribus.l. centũ capuæ, ff. de eo quod certo loco, Mantica de tacitis & ambiguis couentionibus, lib. 16.tit. 14. nu.23.cum alijs traditis à D.Iuan Bautista de Larrea, decis. Granat. 37. num. 3. in fine : con todo no estarà obligado el fiador a lo que non venit ex natura obligationis, como cosa distinta, como lo es la renũciaciõ de los casos fortuytos, si expressamente no se obligò, bien prueua este intento, hablando de fiadores, el texto in dict.l.centum capuæ 9.ff.de eo quod certo loco, in illis verbis: *Ibi enim duæ stipulationes sunt, hic autem vna pecuniæ creditæ circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur, &c.* donde expressamẽte prueua el Consulto, que el fiador no està obligado a todo lo que està el principal, si es cosa distinta : y porq̃ es cosa constante, que aũque el fiador no puede obligarse en mas, que el principal, puede obligarse en menos.l.Grecè 9.§.illud, & §.si quis l.hi qui accesionis 35.ff.de fideiussoribus.l.7.tit.12.p.5.l.70.tit. 18.p.3. §.fideiussores 5.instit.de fideiussoribus, Ant.Gom.2.tom.var.cap.13. n. 2.Gregor.in dict.l.7.verbo, *non vale la fiadura.* Menochius lib.1. quæst. illustrium, cap.40.nu.5.Alciatus lib.5.parergon, cap.17.

Y aunque la fiança, como accessoria naturam sui principalis sequitur, regula accessorium 42. de reg. iuris in 6.esto se entiende quando accessoriũ est à suo principali inseparabile, vt per Menochium de recuper.possess.remc.6.nu.45. & de præsumptionibus, lib.3.præsumpt.97.num.7. & 8.Stephanus Gratianus discept.forens.tom.5.cap.839.nu. 24. & 25. & cap. 937. nu. 23. y como queda aduertido es cosa muy distinta la renunciacion de los casos fortuytos de la misma obligacion en q̃ se hizo; y si Doña Maria quiso obligarse en diferente instrumento, como fiadora de D.Geronimo, si en el no renunció los casos fortuytos, no le puede præjudicar el que los aya renunciado D. Geronimo en diferente instrumento, ex quo inferunt Doctores, quod iura dicentia accessoria, & adiacentia naturam rei principalis in omnibus sequi, iuxta l. si quando cũ similibus, C.de bonis vacantibus, lib.10. ea namque iura intelligẽda sunt, quando expressè accessoria addicta fuerunt cum qualitate prioris rei, vt pereleganter ad notauit Molina de primog.lib.1.cap.26.n.4. & militat eadẽ ratio D.Iuan Bautista de Larrea, dict.decis.37.n.30.y Doña Maria en el instrumẽto en que se obligó como fiadora, no añidio la qualidad de q̃ renũciaua los casos fortuytos, como era precisso, para q̃ no pudiera valerse de la remisiõ de la renta que pretende se le haga por causa de la esterilidad que tiene verificada, y asi no le puede prejudicar la renunciacion

ciacion de los casos fortuytos que hizo D. Geronimo de Prado su hijo en su escritura de obligacion, aun quando la esterilidad que se alega fuera comprehendida en la dicha renunciacion, que no es, como queda ponderado; con lo qual passaremos a el tercero y vltimo punto.

PVNTO TERCERO.

EN este punto se procurarà fundar como esta excepcion, y pretension de D. Maria de los Reyes, de q̃ se le haga la remission, que pretende, se puede oponer como legitima en la via executiua, probada la esterilidad en los diez dias de la ley.

Y que pueda oponerse en la via executiua, en proprios terminos lo resolvió, como assessor de vn juez Ordinario, Gomez de Leon, respons. 67. de sus Centurias, q̃ refiriendo el hecho dize estas palabras: *Christoforus G. aduocatus cum fundum Ecclesiæ colendum pro toto tempore vitæ suæ, & vxoris conduxisset, & executiuè contra eum ageretur pro pensione frumēti vnius anni, in oppositione allegabat remissionem sibi pensionis propter sterilitatem faciendam.* Y resuelve el caso in hunc modum: *Pro quo ipse pronunciaui, cum essem iudicis ordinarij assessor per hæc, & similia motus.* Y funda largamente la pretension de D. Maria de los Reyes.

La duda vulgar, q̃ se ofrece es la de la l. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. dōde tratando de las excepciones, q̃ se deuen admitir en la via executiua, no se haze mencion de la remission q̃ se pretende por razon de la esterilidad, ibi: *Que no sea admitida, ni recebida por nuestros juezes ninguna otra excepcion, ni defension, saluo paga del deudor, o promission, o pacto de no lo pedir, o excepcion de falsedad, o excepcion de vsura, o temor, o fuerça, y tal q̃ de derecho se deua recebir.* Quibus in verbis nulla fit mentio prædictæ remissionis; y añade: *Y si otra qualquier excepcion se alegare no sea recebida, ni el que la opusiere sea oydo, y no embargante otras qualquier excepciones el juez proceda a execucion del tal contracto, o sentencia, y lleuela a deuido efecto.*

Ex qua lege dubitant interpretes, an præter exceptiones in ea enarratas aliæ legitimæ admitti possint, idque non sine ratione, cum ea in re, non solum interpretes interse dissentiant, verum & ex diametro leges Regni interse pugnēt, vt constat ex dicta l. 1. Recop. ibi; *E si otra qualquiera excepcion se alegare no sea recebida.* Cum contrarium statutum sit in l. 2. dicto tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Saluo si dentro de diez dias mostrare la tal paga, o legitima excepcion, &c.*

Y la interpretacion que dan los Doctores regnicolas a la dicha ley 1. y composicion della con la dicha l. 2. viene a ser que las excepciones q̃

fueren friuolas no se admitan; pero las q̄ fueren legitimas, como son las fundadas en decissiones legales, que si, vt cū multis resolvit Gundisalvus de Paz in praxi, tom.1. 4.par.cap.3.nu.35. Azebedus in dict.l.1. Recopil.num.59. Ioannes Gutierrez lib.1. pract.quæst.c.111.n.1. ad finem.

Porque dizen, que todas las excepciones que se fundan en la mesma equidad, que las contenidas en la ley Real, ad earum similitudinem admitti debent, quippè quæ promptam, & incontinenti paratam probationem intra præfatos decem dies faciendam, tantumque illæ, quæ longiores petunt moras, censeantur exclusæ, vt satis ex illis legibus deducitur illic: Y *tal que de derecho se deua recebir*, & apertius ex l.5.tit.8.lib.3. Ordinamenti, & ex dicta l. 2. Recop. illic: *Saluo si hasta diez dias mostrare la tal paga, o legitima excepcion*. Et in l.64. Taur. versic. *Otro si*, illic, *alegare paga, o otra excepcion que sea de recebir*. Et in l.19.tit.21.lib.4. Recop. illic: *Si dentro de tres dias se opusiere, y alegare excepcion legitima, conforme a la ley 1. y 2. deste titulo*. Optima l.27. in fine, tit.6.lib.3. eiusdem Compilationis, illic; *Y aunque los Corregidores en algunos casos procedan sumariamente, no dexen por esso de recebir las excepciones legitimas, y probāças necessarias*; quā legem à paucis animaduersam, rectè in proposito expendit Bobadilla in Politica, lib.2.cap.14.n. 30. & ex professo magis id notarunt Didacus Castellus, nu.88. versic. *Quod est verum*, & Palatius Rubeus in fin. in d.l. 64. Taur. Rodericus Suarez in l. post rem iudicatam, ff. de re iudicata, in declaratione legis Regni post 12. limitationem, versic. venio ad 2. part. num.1. & 2. Ioannes Horostius in l. tale pactum 40. num.43. in fine. ff. de pactis, Auilesius in capitibus Prætorum, cap.10. verbo, *execucion*, nu. 63. circa finem, versic. *quia contrarium*. Gregorius Lopez in l. 10. gloss.4. ad medium, versic. *Et dato, quod in statuto*, tit.12. part.5. & latè comprobāt, ac vsu forensi receptissimum resolvunt Didacus Perez in l.4.tit.8.lib.3. Ordinam. verbo, *ninguna, ni alguna excepciō*. & verbo, *que de derecho*, Azebedus in dict. l.1.tit.21. lib.4. Recop. à nu.59. & nu.158. Paz, & Ioan. Gutierrez vbi supra, & lib.7. siuè de gabellis, quæst.167.n.2.3. & 4. Villadiego in Politica, c.2.nu. 115. Amator Rodericius de executione sententiæ, cap.6. ex nu.1. Morla in emporio iuris, tit.5.q.3.n.22. Auendaño de censibus, cap.98.nu.10. versic. *contrariā tamen*, & nu.12. versic. *sed his non obstantibus*. D. Pichardus in manudux. ad praxim, 2.p.§.13. nu.2. ad finē, Parladorius sibi parum constans, lib.2. rerum quotid.5.p.§. 11. ex n.6. vbi vltra exceptiones in dict.l.4. Ordinam. & l.1. Recopil. comprehensas non nullas alias velut eis similes admittit, cū cōtrarium dixerat ex num.3.

Y las excepciones se dizen estā probadas incontinenti, si intra terminum à iure assignatū probētur, vt tradunt & explicāt Ioan. Baptista Asinius

e nius

nius in praxi,§.18.c.4.Molina de Hispan.primog.lib.3.c.4.n.fin. versic. *dicetur autem*, & c.13.nu.16.Azebed.in l.1.tit.5.lib.4. Recop. vndè apud nos in executiua causa expeditum est, intra decē dies eiusmodi exceptionem probari omnino debere,tā ex l.20.versic.*pero el juzgador*, tit.14. p.5.ex qua Gregor.Lop.ibi gloss.6.rectè notat,ac deducit exceptionē cito liquidabilē illam dici,quæ intra decem dies liquidari potest,quā ex l. 5.tit.8.lib.3.Ordin.cuius ad hoc idē Gregorius meminit, ac l.64. Taur, quibus traditum est exceptiones in via executiua opponēdas esse intra tres dies,& probandas intra decē,à die oppositionis legitimæ factæ cōputandos,vt in specie aduertit Parlador.lib.2.rer.quotid.cap.fin.1.p. §. 1.nu.12.ad finem,versic.*dicetur autem*,& apertius,5.p.§.11.n. 40.versic. *verum apud nos*, id quod laté,& eleganter prosequitur, & explicat Auēdaño de censibus,cap.98.num.12.per totum.

Vbi itaque exceptionis probatio intra decem dies facienda, offertur, vtiq; admitti debet,eaq; facta , minimé realis executio decernenda est, sed deneganda potius, y la excepcion fundada en la esterilidad, que tiene alegada D.Maria de los Reyes en la oposicion,està probada plenissimamente con mucho numero de testigos en los diez dias de la ley , y constando,como consta,de la esterilidad que à padecido el molino del Arçobispo,por cuya renta se pidio el mādamiento de execucion, por la grā seca, y falta de agua q̄ à tenido el Rio de Guadayra, donde està sito, los años de 38. y 39. q̄ solo han corrido por quenta de D.Geronimo de Prado,como principal obligado,y D.Maria de los Reyes su madre,como su fiadora,no se puede dudar se deue hazer la remission, q̄ pretende se haga de la renta de los dichos dos años, por causa de la dicha esterilidad,pues los frutos q̄ ha rendido el dicho molino aun no alcançan con mucho a satisfazer la costa ordinaria q̄ à tenido , como està verificado; con lo qual el daño viene a ser el mas intolerable q̄ se considera en derecho,y la excepcion legitima,y legal,fundada en el cap. propter sterilitatem 3.de locato, y en los demas textos alegados en el segundo punto, y por los Autores en el referidos,y en particular hablando en via executiua por Gomez de Leon, responso 67. de sus Centurias, tratando de la remission propter sterilitatem , pedida por vn arrendador de por vida, que es en proprios terminos.

Esfuerçase lo referido, y saca de toda duda,para que la pretēsion de Doña Maria de los Reyes,y excepcion,de q̄ se vale,se aya de admitir en la via executiua , como legitima el que esta excepcion en el derecho se llama modificatiua,quæ est in duplici differentia,nam aliæ exceptiones sunt modificatiuæ condemnationis:verbi gratia , si contra patrē ex obli

 gatione

gatione filij agatur, poterit pater excipere, vt cõdemnetur quatenus est in peculio, quæ exceptio modificabit futurã cõdemnationem. l. penult. ff. quod cum eo, Baldus in l. si dubitetur, §. finali, ff. de fideiussoribus, Bartolus in l. fin. C. quod cũ eo, quod etiam sicut in actione de peculio procedit in tributoria. l. 1. & per totum, ff. de tributoria actione, §. introduxit institu. quod cum eo, & idem in actione de in rem verso. l. 1. & per totũ, ff. de in rem verso, §. præterea, inst. quod cum eo.

Aliæ vero sunt modificatiuæ executionis, quæ ipsam executionẽ modificant, vt si maritus sit condemnatus potest exceptionẽ opponere, ne conueniatur vltra quam facere posit. l. maritum cum sequentibus, ff. soluto matrimonio, idem est in exceptione inuentarij confecti. l. fin. C. de iure deliberandi, quæ possunt post sententiã opponi, & de illis cognoscere executor, cũ sint modificatiuæ executionis. l. cum fideicommissum, ff. de confessis. Y finalmente deste genero es la excepcion de q̃ se vale doña Maria de los Reyes, en la remission que pretende se le haga de la rẽta del molino propter sterilitatem, porq̃ no mira, ni va derechamente contra el instrumento de obligacion, ni cõtra la cosa juzgada, sino a moderar la futura condenacion, q̃ aliàs se hiziera sino huuiera sucedido la esterilidad; por la qual deue hazerse la remission pro rata pensionis, moderando la condenacion futura, dict. cap. propter sterilitatem 3. de locato, ibi *Seu casu fortuito contingentem colonis Ecclesiæ tuæ pro rata pẽsionis remissio est facienda, &c.* cum alijs similibus supra adductis.

Y todos los Doctores enseñan, que todas las excepciones modificatiuas se pueden oponer ad impediendam sententiæ executionẽ, docet Speculator 2. p. tit. de exceptionibus, §. dicto. n. 14. Suarez in l. post rem iudicatam, 2. p. nu. 37. ff. de re iudicata, Paz in praxi, tom. 1. 4. p. cap. 1. à nu. 1. Y supuesto, que lo es la excepcion de D. Maria de los Reyes; como queda fundado, no se puede dudar en q̃ deua ser admitida en la via executiua probada en los diez dias de la ley (como queda referido) y q̃ en su virtud se deua hazer la remission, y desquento de la renta del molino del Arçobispo de los dichos dos años de 38. y 39. por la esterilidad q̃ ha padecido los dichos dos años, y assi lo esperamos de la rectitud, y entereza de V. m. a cuya correccion sujetamos lo dicho, &c.

El Lic. Sebastian de Cordoua. *Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.* *Lic. D. Ioan de Siluã.*